

Audience publique du 5 juin 2009
=====

**Requête en sursis à exécution introduite par
la société XXX s. à r. l. ., XXX,
contre une décision de l'administration communale de XXX,
en matière de marchés publics.**

ORDONNANCE

Vu la requête déposée le 25 mai 2009 au greffe du tribunal administratif par Maître Henri Frank, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée XXX XXX, établie et ayant son siège social à XXX XXX, XXX, XXX XXX XXXX, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro XXX, tendant à prononcer le sursis à exécution d'une décision prise le XXX par l'administration communale de XXX, ayant écarté son offre dans le cadre d'une soumission en vue de l'adjudication des travaux de pose des conduites de gaz dans les rues XXX, XXX, XXX, XXX et rue de XXX à XXX, la requête s'inscrivant dans le cadre d'un recours en annulation déposé au fond le 25 mai 2009, inscrit sous le numéro 25745 du rôle, dirigé contre cette même décision;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Guy Engel, immatriculé près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du XXX, portant signification d'un recours en effet suspensif à l'administration communale de XXX, représentée par son collège des Bourgmestre et Echevins actuellement en fonctions;

Vu l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives;

Vu les pièces versées et notamment la décision attaquée;

Maître Henri Frank, pour la demanderesse, Maître Steve Helminger, pour l'administration communale de XXX entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience du 3 juin 2006.

Dans le cadre d'une soumission publique lancée par l'administration communale de XXX pour la prestation de travaux de pose des conduites de gaz dans les rues XXX

XXXX, XXX, XXX, XXX et rue de XXX à XXX, la s. à r. l. XXX avait présenté une offre.

Par courrier du XXX, l'administration communale de XXX l'informa de ce que son offre n'a pas été prise en considération dans les termes suivants :

« Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'article 90 alinéa 3 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, j'ai le regret de vous informer que le collège des bourgmestre et échevins n'a pas pris en considération votre offre relative au marché mentionné sous rubrique parce que votre offre n'est pas conforme à l'article 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988.

Conformément à l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, il vous est loisible de présenter vos observations au collège des bourgmestre et échevins.

En application de l'article 14 du même règlement grand-ducal du 8 juin 1979, je vous informe que vous avez également la possibilité d'introduire un recours en annulation auprès du tribunal administratif contre la décision d'adjudication du XXX par requête signée d'un avocat à la Cour dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente.

Passé le délai de quinze jours à compter de la présente information, la décision définitive du collège des bourgmestre et échevins sera portée à la connaissance des soumissionnaires qui auront présenté des observations. A l'égard de ces soumissionnaires le délai de recours devant le tribunal administratif de trois mois ne commencera à courir qu'à partir de la communication de la décision définitive.

Veuillez agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments les meilleurs. »

Par requête déposée le 25 mai 2009, inscrite sous le numéro 25745 du rôle, la s. à r. l. XXX (ci-après qualifiée de « *partie requérante* ») a introduit un recours en annulation contre cette décision du XXX, et par requête déposée le même jour, inscrite sous le numéro 25746 du rôle, elle a sollicité le sursis à exécution de cette décision.

Elle fait plaider que l'exécution de la décision d'adjudication risque de lui causer un préjudice grave et définitif et que les moyens invoqués à l'appui de la demande au fond sont sérieux.

La partie requérante expose notamment qu'elle aurait une chance sérieuse de voir annuler la décision attaquée pour la simple raison que celle-ci ne serait aucunement motivée.

Il serait dès lors constant que les moyens présentés par la requérante, après un examen sommaire, permettraient de constater qu'ils présentent l'apparence de sérieux exigé par l'article 11 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

L'administration communale de XXX conteste l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif dans le chef de la demanderesse. Elle estime que le préjudice que celle-ci subirait éventuellement serait exclusivement financier et pourrait être réparé moyennant une action en dommages et intérêts à exercer devant les juridictions judiciaires.

Elle considère par ailleurs que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond ne seraient pas assez sérieux pour justifier une mesure provisoire.

La demande étant régulière en la forme, elle est recevable.

En vertu de l'article 11, paragraphe 2 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Concernant le problème du risque d'un préjudice grave et définitif, il y a lieu de souligner qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 en portant application, la décision d'adjudication emportait conclusion du contrat d'exécution et le soumissionnaire injustement évincé ne pouvait obtenir satisfaction que moyennant une décision d'annulation de la soumission par le juge administratif, étant précisé que cette annulation n'avait qu'une portée théorique en ce qu'elle ne pouvait plus remettre en question le contrat civil portant sur l'exécution du marché en principe d'ores et déjà exécuté, mais ne pouvait que servir de base à une demande en obtention de dommages-intérêts à introduire devant le juge judiciaire.

En cela, le système en vigueur ne répondait pas aux objectifs de la directive 89/665 CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Dans un arrêt du 28 octobre 1999 (affaire C-81/98), celle-ci, appelée à rendre une décision à titre préjudiciel concernant l'interprétation de la directive 89/665/CEE, précitée, a en effet souligné que la directive en question vise à renforcer les mécanismes existant, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées et impose aux Etats membres de mettre en place des recours efficaces et aussi rapides que possible pour que soit assuré le respect des directives communautaires en matière de marchés publics. Répondant entre autres à un argument selon lequel dans l'Etat membre dont la juridiction avait posé la question préjudicielle – la situation ayant été la même au Luxembourg avant les changements législatif et réglementaire intervenus en 2003 – la décision d'adjudication emporte conclusion du contrat d'exécution du marché et que la procédure à mettre en place par le législateur national doit se limiter à faciliter les conditions préalables à l'octroi de dommages-intérêts, elle retint que cette manière de voir

pourrait avoir comme conséquence que la décision la plus importante du pouvoir adjudicateur, à savoir l'attribution du marché, échappe de façon systématique aux mesures dont la mise en place est exigée par la directive, à savoir la mise en place des recours efficaces et rapides ayant pour objet les décisions illégales du pouvoir adjudicateur à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. La Cour de justice a conclu que les Etats sont partant tenus, en ce qui concerne la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché avec lequel il conclura le contrat, de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision lorsque les conditions y afférentes sont réunies, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu.

Il paraît intéressant dans ce contexte de citer un extrait des conclusions de l'avocat général XXX XXX présentées dans l'affaire C-81/98: « *Comme l'écrit la Commission, la directive-recours envisage donc clairement une dissociation en deux phases de la procédure de recours. Avant la conclusion du contrat, l'article 2, paragraphe 1, est applicable et impose aux États membres de prévoir une protection juridique complète. Après cette conclusion, la limitation prévue par le paragraphe 6 du même article intervient et les voies de recours peuvent ne comporter que l'octroi de dommages-intérêts.*

Il ne faut, d'ailleurs, pas sous-estimer l'étendue du contraste entre ces deux phases. L'annulation d'une décision est susceptible de permettre au soumissionnaire ayant intenté le recours de préserver toutes ses chances d'obtenir le marché. Par contre, la simple indemnisation constitue souvent une compensation peu satisfaisante pour une entreprise écartée d'un marché, compte tenu notamment des difficultés qu'elle pourra éprouver à démontrer l'étendue du préjudice et le lien de causalité avec la violation du droit communautaire. En effet, le pouvoir adjudicateur aura beau jeu de minimiser les chances de succès qu'aurait eues la plaignante en tout état de cause. En outre, celle-ci risque d'être réticente à compromettre éventuellement ses relations futures avec le pouvoir adjudicateur en intentant un recours, alors que celui-ci ne serait, en tout état de cause, pas susceptible de la remettre en position de remporter le marché. »

Alors que dans le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi concernant le régime des marchés publics, tel que soumis au Conseil d'Etat (doc. parl. n° 4635²), il était prévu, selon l'article 90, paragraphe 1^{er}, que l'adjudication vaut passation de contrat si elle a lieu dans le délai prévu ou dans le délai accepté par le soumissionnaire, le texte définitif prévoit dans l'article 90, paragraphe 1^{er}, que l'adjudication doit avoir lieu dans le délai prévu ou, si celui-ci est dépassé, dans le délai accepté par le soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire. Un paragraphe 4 a été ajouté en vertu duquel la conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents que le pouvoir adjudicateur ne fait pas usage de leur offre.

Alors même que l'exposé des motifs et d'autres travaux préparatoires du règlement grand-ducal en question ne sont pas disponibles, il y a lieu d'admettre qu'en introduisant un

délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts.

Ce délai n'est que de quinze jours, de sorte qu'il est légalement et pratiquement impossible d'obtenir, dans ce délai, une décision du juge administratif du fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire.

Comme on ne saurait raisonnablement admettre que le législateur a procédé à un changement de la réglementation en vigueur sans vouloir lui conférer un effet réel, ce qui serait pourtant le cas si on continuait à admettre qu'en raison du caractère réparable du préjudice du soumissionnaire injustement évincé moyennant l'allocation de dommages-intérêts, le juge du provisoire en matière administrative ne saurait connaître de demandes en suspension d'adjudications querellées par des soumissionnaires écartés, il faut admettre que la nouvelle réglementation a conféré au président du tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché litigieux. (Ordonnance du 18 avril 2007, N° 22757 du rôle)

Il suit de ce qui précède que le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est à rejeter.

En ce qui concerne le sérieux des moyens invoqués au fond, les articles 85 et 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 20 juin 2003 sur les marchés publics prévoient ce qui suit :

Art. 85.

Le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En cas d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les sous-traitants.

Art. 86.

Dans le cadre de l'examen prévu à l'article précédent, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par:

le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale;

l'Administration des contributions directes;

l'Administration de l'enregistrement et des domaines, attestations dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme.

La demanderesse estime que la décision du XXX, en se bornant à renvoyer purement et simplement à l'article 86 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précité sans autre précision ni indication des motifs par l'énoncé sommaire de la cause juridique lui servant de fondement et des circonstances de fait à sa base, serait à annuler et que par ailleurs sa demande serait à interpréter comme tendant à la « *suspension de la décision d'adjudication du XXX* ».

L'administration communale de XXX soutient que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond ne seraient pas assez sérieux pour justifier une mesure provisoire et s'est opposée à la modification de la demande.

Il résulte des documents soumis à l'audience que le bureau d'études « XXX » commis par l'administration communale de XXX a demandé dès le 11 mars 2009 à la demanderesse de lui faire parvenir jusqu'au 27 mars 2009 au plus tard sous peine d'élimination notamment « *les certificats conformément à l'article 86 du règlement grand-ducal du 30 juin 2003 sur les marchés publics* ».

Sur cette demande, la demanderesse a fait parvenir en date du 26 mars 2009 notamment une attestation de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines documentant qu'elle s'est conformé au cours du premier semestre 2008 aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal.

Sur transmission de ce certificat inapproprié, le bureau d'études XXX a demandé par lettre recommandée du 6 avril 2009 la présentation d'un certificat de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines documentant qu'elle s'est conformée au cours du deuxième semestre 2008 aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal.

La transmission de ce certificat a été rappelée par lettre recommandée du 15 avril 2009, cette fois-ci avec l'indication que le certificat était à transmettre pour le 21 avril 2009 sous peine d'élimination.

La demanderesse a finalement, par lettre du 4 mai 2009, transmis le certificat demandé en indiquant « *que nous n'avons malheureusement pas pu respecter le délai du 21 avril pour la raison que l'administration de l'Enregistrement et des Domaines a tardé à nous délivrer le certificat.* »

Par retour du courrier du 5 mai 2009, le bureau d'études a fait parvenir la prise de position suivante à la demanderesse :

« *Monsieur,*

Nous ne pouvons malheureusement pas prendre réception du certificat de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines que vous nous avez transmis car, nous sommes en regret de vous informer que cette pièce vous déjà avait été demandée dans le courrier du 11 mars 2009 (réf. : It-071045-27) et devait être fournie pour le 27 mars 2009 au plus tard. Après examen des pièces fournies, il s'est avéré que vous nous aviez fourni le certificat relatif au 1er semestre 2008. C'est pourquoi dans nos courriers du 06 avril 2009 (réf. : It-071045-028) respectivement du 15 avril 2009 (réf. : It-071045-029) nous vous avons réclamé le certificat du 2 semestre 2008 pour le 21 avril 2009 au plus tard sous peine d'élimination.

De ce fait, en date du 22 avril 2009, n'étant pas en possession de toutes les pièces demandées conformément à l'article 86 du règlement grand-ducal du 07 juillet 2003 portant exécution de la loi du 03 juin 2003 sur les marchés publics, nous avons transmis les dossiers à l'administration Communale de XXX, en préconisant qu'ils adjugent les travaux à l'entreprise la moins disante qui suivait dans la liste de l'ouverture de la soumission et qui avait fourni toutes les pièces demandées.

Pour les raisons énumérées ci-dessus, nous vous informons que votre offre n'a pas été retenue et nous vous retournerons le certificat de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines. »

Il découle du caractère accessoire de la procédure du sursis à exécution que le juge appelé à apprécier le caractère sérieux des moyens invoqués au fond ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond.

Apparaissent comme sérieux au sens de l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, les moyens qui, à première vue et eu égard aux circonstances de la cause, sont susceptibles d'être déclarés recevables et fondés et de nature à conduire, par conséquent, à la réformation respectivement à l'annulation de la décision critiquée.

Ce caractère doit apparaître comme évident à première lecture, sans nécessiter un examen long et minutieux incompatible avec la notion même d'une procédure de référé.

Lorsque la compréhension des moyens proposés à l'appui de la demande de suspension dont est saisie le président du tribunal administratif nécessite au contraire un examen minutieux qui n'est pas différent de celui auquel il devra être procédé dans la procédure au fond, on ne peut admettre que lesdits moyens sont sérieux au sens de l'article 11 précité.

Il n'appartient donc pas actuellement au juge saisi de se prononcer sur l'épineuse question consistant à analyser jusqu'à quel point la décision du XXX aurait dû reprendre en détail l'évolution antérieure du dossier.

Il y a néanmoins lieu de relever qu'à première vue la demanderesse n'a pas pu se méprendre, et ceci notamment au vu de sa propre lettre du 4 mai 2009, que son offre n'a pas été prise en considération conformément à l'article 86 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003, à défaut de transmission, dans les délais indiqués, de l'attestation émanant de

l'administration de l'Enregistrement et des Domaines dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, elle s'est conformée aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme. Il s'ensuit que la décision déférée paraît à première vue suffisamment motivée.

Il résulte de ces éléments que les moyens développés par la société XXX ne sont pas assez sérieux au sens de l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée pour justifier une mesure provisoire au profit de celle-ci.

Par ces motifs,

le soussigné président du tribunal administratif, statuant contradictoirement,

reçoit la requête en sursis à exécution en la forme,

au fond, la déclare non justifiée et en déboute,

réserve les frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 5 juin 2009 par M. Feyereisen, président du tribunal administratif, en présence de M. Rassel, greffier.

s. Rassel

s. Feyereisen